

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PC220029-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende, Oberrichter Dr. M. Sarbach und Oberrichter Dr. E. Pahud sowie Gerichtsschreiberin MLaw T. Rumpel

Beschluss und Urteil vom 11. November 2022

in Sachen

A._____,

Klägerin und Beschwerdeführerin

vertreten durch Rechtsanwältin MLaw X._____,

gegen

B._____,

Beklagter und Beschwerdegegner

vertreten durch Rechtsanwältin MLaw Y._____,

betreffend **Ehescheidung (Prozesskostenvorschuss / unentgeltliche Rechtspflege)**

Beschwerde gegen eine Verfügung des Einzelgerichtes im ordentlichen Verfahren des Bezirksgerichtes Pfäffikon vom 20. Juni 2022; Proz. FE210062

Erwägungen:

I.

1. Die Parteien heirateten am tt.mm.2016 in C._____ ZH (act. 7/1). Mit Eingabe vom 1. Juni 2021 machten sie ein gemeinsames Scheidungsbegehren am Einzelgericht des Bezirksgerichtes Pfäffikon (fortan Vorinstanz) anhängig (act. 7/1+3).

2.1 Mit Eingabe vom 13. September 2021 stellte die Klägerin, und Beschwerdeführerin (fortan Klägerin) ein Gesuch um Verpflichtung des Beklagten und Beschwerdegegners (fortan Beklagter) zur Leistung eines Prozesskostenvorschusses, eventualiter um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege und stellte die Begründung ihrer Anträge in Aussicht (act. 7/30). Am 18. Oktober 2021 reichte sie schliesslich das begründete Gesuch ein (act. 7/41).

2.2 Nach Gesuchen um Anordnung vorsorglicher bzw. superprovisorischer Massnahmen durch den Beklagten wurden die Parteien mit Vorladung vom 20. September 2021 zur Anhörung und Verhandlung betreffend vorsorgliche Massnahmen (superprovisorische Massnahmenanträge und Prozesskostenvorschuss) auf den 26. Oktober 2021 vorgeladen (act. 7/26+34; act. 7/37). Während der Verhandlung vom 26. Oktober 2021, anlässlich welcher im Wesentlichen Einigungsgespräche geführt wurden und die gemeinsame und getrennte Scheidungsanhörung stattfand (vgl. Prot. Vi S. 9-17), kam zwischen den Parteien eine Teil-Scheidungsvereinbarung zustande (act. 7/45; Prot. Vi S. 15). Die Fortsetzung der Verhandlung fand nach Vorladung und anschliessender Verschiebung am 10. März 2022 statt, anlässlich welcher die Parteien zu ihren finanziellen Verhältnissen befragt wurden und wiederum Einigungsgespräche geführt wurden (act. 7/46; act. 7/50; Prot. Vi S. 19-32). Nach ausgebliebener Einigung anlässlich der Verhandlung vom 10. März 2022 (vgl. Prot. Vi S. 32) und nach wie vor pendenten Anträgen betreffend vorsorgliche Massnahmen (Prot. Vi S. 19) erging die Verfügung der Vorinstanz vom 10. März 2022, wonach die Teil-Scheidungsvereinbarung – im Einverständnis der Parteien (act. 7/65; Prot. Vi S. 21 f.) – im Sinne von vorsorglichen Massnahmen für die Dauer des Scheidungsverfahrens gilt (act. 5/68). Mit Verfügung vom 29. März 2022 verteilte die

Vorinstanz anschliessend die Parteirollen und setzte Frist zur Klagebegründung an (act. 7/69).

2.3 Nach Eingang der Klagebegründung wies die Vorinstanz mit Verfügung vom 20. Juni 2022 – unter Ansetzung der Frist zur Klageantwort – unter anderem das Gesuch der Klägerin um Bezahlung eines Prozesskostenvorschusses durch den Beklagten sowie um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege ab (act. 7/74-75/1-23; act. 7/78 = act. 6, fortan zitiert als act. 6).

3. Gegen die Abweisung ihres Gesuchs reichte die Klägerin am 14. Juli 2022 (Poststempel) hierorts ihre Eingabe ein und beantragte Folgendes (act. 2 S. 2):

- "1. Ziffer 1 der Verfügung des Bezirksgerichts Pfäffikon vom 20. Juni 2022 (FE210062-H) sei aufzuheben und es sei der Beschwerdegegner 1 zur Bezahlung eines Prozesskostenvorschusses von CHF 6'000.00 an die Beschwerdeführerin zu verpflichten.
2. Eventualiter sei Ziffer 2 der Verfügung des Bezirksgerichts Pfäffikon vom 20. Juni 2022 (FE210062-H) aufzuheben und der Beschwerdeführerin per 13. September 2021 die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren und ihr in der Person von Rechtsanwältin MLaw X._____ eine unentgeltliche Rechtsbeiständin zu bestellen.
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge (zuzügl. MWST) zu Lasten der Beschwerdegegner 1 und 2.
4. Der Beschwerdegegner 1 sei für das Beschwerdeverfahren vor dem Obergericht Zürich zur Bezahlung eines Prozesskostenvorschusses von CHF 4'000.00 an die Beschwerdeführerin zu verpflichten.
5. Eventualiter sei der Beschwerdeführerin für das Beschwerdeverfahren vor dem Obergericht Zürich per 4. Juli 2022 die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren und ihr in der Person von Rechtsanwältin MLaw X._____ eine unentgeltliche Rechtsbeiständin zu bestellen."

4. Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 7/1-87). Eine Stellungnahme des Beklagten zum Rechtsmittelantrag 1 ist gestützt auf Art. 312 Abs. 1 ZPO nicht einzuholen; in Bezug auf den Rechtsmittelantrag 2 ebenfalls nicht, weil er vom Entscheid betreffend die Frage, ob der Klägerin für das vorinstanzliche Verfahren die unentgeltliche Rechtspflege zu bewilligen ist, in seinen Interessen nicht berührt ist (BGE 139 III 334 E. 4.2 m.w.H.). Lediglich zur Kenntnisnahme sind ihm dennoch die Doppel von act. 2 und act. 4/1+3-10 zuzustellen. Das Verfahren erweist sich als spruchreif.

II.

1.1 Der Entscheid über die Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses gilt als vorsorgliche Massnahme (vgl. etwa OGer ZH PC170014 vom 15. September 2017 E. II./1 m.w.H.). Bei Rechtsmitteln betreffend den Prozesskostenvorschuss als vorsorgliche Massnahme im Rahmen des Hauptverfahrens entspricht der Streitwert demjenigen der umstrittenen vorsorglichen Massnahme (OGer ZH, LZ190027 vom 29. April 2020 E. II./1.; ZK ZPO-Reetz/Theiler, 3. Aufl. 2016, Art. 308 N 41 m.w.H.). Vorliegend wurde ein Prozesskostenvorschuss von Fr. 6'000.– geltend gemacht. Der vorinstanzliche Entscheid darüber unterliegt demnach der Beschwerde (Art. 308 Abs. 2 i.V.m. Art. 319 lit. a ZPO).

1.2 Der die unentgeltliche Rechtspflege ablehnende Entscheid ist ebenfalls mit Beschwerde anfechtbar (Art. 121 i.V.m. Art. 319 lit. b Ziff. 1 ZPO).

2. Mit der Beschwerde kann die unrichtige Rechtsanwendung und die offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO). Die Beschwerde ist innert zehn Tagen schriftlich, mit Rechtsmittelanträgen versehen und begründet einzureichen (Art. 321 Abs. 1 und 2 ZPO). Neue Anträge, neue Tatsachenbehauptungen und neue Beweismittel sind im Beschwerdeverfahren ausgeschlossen (Art. 326 Abs. 1 ZPO). Das Novenverbot ist umfassend und gilt sowohl für echte als auch für unechte Noven (ZK ZPO-Freiburghaus/Afheldt, a.a.O., Art. 326 N 3 f.).

3. Die Eingabe vom 14. Juli 2022 wurde rechtzeitig mit den obgenannten Anträgen und unter Einhaltung der weiteren Formvorschriften bei der Kammer eingereicht (act. 2; act. 7/79/1 zur Rechtzeitigkeit), weshalb auf die Rechtsmitteleingabe einzutreten ist. Auf die einzelnen Vorbringen ist nachfolgend insoweit einzugehen, als diese für die Entscheidfindung erforderlich sind.

III.

1.1 Es kann zunächst auf die Ausführungen der Vorinstanz zu den rechtlichen Grundlagen verwiesen werden (vgl. act. 6 E. II./3.1 f.). Hervorzuheben ist, dass die Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege zur Zusprechung eines Prozess-

kostenvorschusses durch die Gegenpartei subsidiär ist (vgl. BGE 138 III 672 E. 4.2.1; BGer 5A_49/2017 vom 18. Juli 2017 E. 2.2). In Ergänzung der vorinstanzlichen Erwägungen ist festzuhalten, dass nebst der Mittellosigkeit und der Nichtaussichtslosigkeit des Rechtsbegehrens betreffend den Prozesskostenvorschuss zusätzlich die Leistungsfähigkeit des zu Verpflichtenden gegeben sein muss, d.h. dieser muss in der Lage sein, neben seinen eigenen Prozesskosten auch diejenigen der gesuchstellenden Partei zu übernehmen (BGer 5D_135/2010 vom 9. Februar 2011 E. 3.1). Sowohl über Gesuche um Bezahlung eines Prozesskostenvorschusses durch die Gegenpartei als vorsorgliche Massnahme als auch über solche um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege ist im summarischen Verfahren zu entscheiden (vgl. obige E. II./1.1; Art. 248 lit. d ZPO; Art. 119 Abs. 3 ZPO; OGer ZH PC190027 vom 3. Oktober 2019 E. 3.2). Ein schriftliches Gesuch ist begründet einzureichen, wobei der Aktenschluss im Rahmen eines Summarverfahrens grundsätzlich nach einmaliger Äusserungsmöglichkeit eintritt. Eine Partei kann sich im summarischen Verfahren insbesondere nicht auf eine zweite Äusserungsmöglichkeit verlassen, weshalb das Gesuch bereits substantiiert zu begründen ist (BGE 146 III 237 E. 3.1). Über das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege ist zu entscheiden, bevor die gesuchstellende Partei weitere, in erheblichem Masse Kosten verursachende prozessuale Schritte zu unternehmen hat (BGer 4A_20/2011 vom 11. April 2011 E. 7.2.2; bestätigt in BGer 8C_911/2011 vom 4. Juli 2012 E. 6.1. m.w.H.; BGer 5A_587/2014 vom 5. September 2014 E. 2.4.3.; BGer 5A_849/2014 vom 30. März 2015 E. 4.6.; vgl. auch OGer ZH PF180026 vom 5. Juli 2018 E. II./2 sowie OGer ZH PC210050 vom 7. März 2022 E. II./3.1).

1.2 Bei der Beurteilung des Gesuches um unentgeltliche Rechtspflege gilt die (eingeschränkte) Untersuchungsmaxime; sie wird durch das Antragsprinzip sowie die Offenlegungs- und Mitwirkungsobliegenheiten der gesuchstellenden Person eingeschränkt. Es obliegt der gesuchstellenden Partei, ihre Einkommens- und Vermögensverhältnisse sowie ihre finanziellen Verpflichtungen umfassend offenzulegen und zu belegen und sich zur Sache und über die Beweismittel zu äussern (Art. 119 Abs. 1 und 2 ZPO; vgl. BGer 5A_949/2018 vom 4. Februar 2019 E. 3.2 m.w.H.; vgl. KUKO ZPO-Jent-Sørensen, 3. Aufl. 2021, Art. 119 N 10; ZK ZPO-

Emmel, a.a.O., Art. 119 N 6). Dasselbe gilt in Bezug auf den zu verlangenden, der unentgeltlichen Rechtspflege vorgehenden Prozesskostenvorschuss durch die Gegenpartei. Die gesuchstellende Partei trägt die – auf das Beweismass des Glaubhaftmachens beschränkte – Beweislast bezüglich der anspruchsbegründenden Tatsachen (BGer 5A_716/2021 vom 7. März 2022 E. 3). Bei Vorliegen eines unvollständigen oder unklaren Gesuchs muss bei einer anwaltlich vertretenen Partei jedoch auch bei Geltung der eingeschränkten Untersuchungsmaxime nicht nachgefragt werden bzw. es ist keine Nachfrist zur Gesuchsverbesserung anzusetzen (BGer 4A_622/2020 vom 5. Februar 2021 E. 2.4; bestätigt in BGer 4A_257/2021 vom 6. September 2021 E. 2.1). Denn die gerichtliche Fragepflicht darf insbesondere nicht dazu dienen, die zumutbare Mitwirkung einer Partei an der Feststellung des Sachverhalts zu ersetzen oder prozessuale Nachlässigkeiten einer Partei – insbesondere bei anwaltlicher Vertretung – auszugleichen (BGE 146 III 413 E. 4.2; vgl. auch OGer ZH LF200067 vom 11. März 2021 E. 4.6).

2. Die Vorinstanz wies das Gesuch der Klägerin um Bezahlung eines Prozesskostenvorschusses durch den Beklagten sowie das Eventualgesuch um unentgeltliche Rechtspflege mangels substantiierter Begründung ab. Die Klägerin habe nur auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung verwiesen, wonach die Pflicht des leistungsfähigen Ehegatten aus der ehelichen Unterhalts- und Beistandspflicht fliesse, und den Vorschuss mit den gemäss ihrer Ansicht nach zu erwartenden Anwaltskosten in diesem Verfahren beziffert. Weshalb der Beklagte zur Leistung eines Prozesskostenvorschusses in der beantragten Höhe fähig sein sollte, habe die Klägerin nicht begründet. Folglich sei auch das Eventualgesuch um unentgeltliche Rechtspflege ohne Weiteres abzuweisen, analog dem Fall, dass wenigstens der Verzicht auf die Stellung eines formellen Antrags auf Ausrichtung eines Prozesskostenvorschusses von einer anwaltlich vertretenen Partei ausdrücklich zu begründen sei und bei fehlender Begründung das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege ohne Weiteres abgewiesen werden könne. Alles andere käme einer Umgehung des Prozesskostenvorschusses gleich (act. 6 E. II./4).

3. Die Klägerin macht in ihrer Rechtsmitteleingabe insbesondere geltend, das fadenscheinige Argument der Vorinstanz verfange nicht, wonach das Gesuch um

Prozesskostenvorschuss nicht genügend substantiiert worden sei und infolgedessen auch das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege abzuweisen sei. Es könne nicht zu Lasten der Klägerin gehen, dass der Beklagte Ausführungen zu seinem Vermögen unterlassen habe. Die Vorinstanz hätte den Beklagten anlässlich der Verhandlungen befragen müssen, wenn der Sachverhalt zur Beurteilung des Gesuchs der Klägerin um Prozesskostenvorschuss nicht genügend klar gewesen sei. Die Vorinstanz hätte aufgrund der Feststellung, dass der Beklagte eine Immobilie im Alleineigentum besitze, konsequenterweise einen Prozesskostenvorschuss zusprechen und ihr ansonsten eventualiter die unentgeltliche Rechtspflege gewähren müssen. Die Klägerin habe ausführlich dargelegt und belegt, dass sie mittellos sei und die weiteren Voraussetzungen der unentgeltlichen Rechtspflege erfüllt seien. Sie habe alles begründet und belegt, was ihr möglich gewesen sei. Die Vorinstanz habe über alle Fakten und Belege verfügt, weshalb es überspitzt formalistisch oder gar widersprüchlich sei, auszuführen, es sei nicht zumutbar, in den Akten nach Hinweisen und Anhaltspunkten zu suchen. Nebst dem materiell begründeten Anspruch der Klägerin auf einen Prozesskostenvorschuss bzw. im Falle der Abweisung desselben auf unentgeltliche Rechtspflege, hätte der Klägerin ferner – insbesondere nach Verstreichenlassen von über sechs Monaten seit Gesuchseinreichung und Durchführung zweier Verhandlungen und eingehender Parteibefragung – zumindest eine kurze Nachfrist zur Verbesserung der Eingabe gewährt werden müssen. Die Vorinstanz habe mit der Abweisung der Gesuche überspitzt formalistisch und in Verletzung des Grundsatzes von Treu und Glauben gehandelt (act. 2 Rz. 18 ff.).

4.1 Die Vorinstanz war mangels Anspruchs der Parteien auf eine zweite Äusserungsmöglichkeit im Summarverfahren sowie mangels Verpflichtung zur Ansetzung einer Nachfrist zur Gesuchsverbesserung bei anwaltlicher Vertretung auch bei Geltung der eingeschränkten Untersuchungsmaxime nicht verpflichtet, der anwaltlich vertretenen Klägerin vor dem Entscheid über ihr Gesuch eine Nachfrist zur Verbesserung der Eingabe zu gewähren (vgl. obige E. III./1.2). Im Weiteren ist lediglich aufgrund der – sich aus den Akten ergebenden – Feststellung, dass der Beklagte über eine Liegenschaft im Alleineigentum verfügt, nicht per se zu folgern, dass der Beklagte einen Prozesskostenvorschuss leisten kann. Es wäre – in

Übereinstimmung mit der Vorinstanz – an der Klägerin gewesen, zu begründen, weshalb der Beklagte zur Leistung eines Prozesskostenvorschusses in der beantragten Höhe fähig sein soll, was sie nicht gemacht hat. Folglich ist ihr Gesuch – wiederum in Übereinstimmung mit der Vorinstanz – als nicht genügend substantiiert anzusehen, zumal aus den vorinstanzlichen Akten auch nicht hervorgeht, dass dem Beklagten die Leistung eines Prozesskostenvorschusses in der beantragten Höhe möglich gewesen wäre. Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass es – wie die Vorinstanz auch festgehalten hat – insbesondere bei anwaltlicher Vertretung grundsätzlich nicht am Gericht läge, in den Akten nach Hinweisen und Anhaltspunkten zu suchen. Zusammenfassend ist die Vorinstanz zu Recht zum Schluss gekommen, das Gesuch um Verpflichtung des Beklagten zur Bezahlung eines Prozesskostenvorschusses mangels substantiierter Begründung abzuweisen. Damit ist die Beschwerde insoweit abzuweisen.

4.2 Ist das Gesuch um Verpflichtung zur Bezahlung eines Kostenvorschusses mangels genügender Begründung abzuweisen, sind mithin die Leistungsfähigkeit der Gegenpartei sowie die weiteren Voraussetzungen gar nicht zu prüfen, und sind grundsätzlich auch die Voraussetzungen der unentgeltlichen Rechtspflege unter Berücksichtigung der Subsidiarität nicht mehr zu überprüfen. Folglich wäre auch das vor Vorinstanz gestellte Gesuch um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege abzuweisen. Jedoch begründete die Klägerin im vorliegenden Verfahren am 18. Oktober 2021 ihr am 13. September 2021 gestelltes Gesuch um Verpflichtung des Beklagten zur Leistung eines Prozesskostenvorschusses, eventualiter um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege. Die Vorinstanz entschied erst acht Monate später, am 20. Juni 2022, nach zwei Verhandlungen und erstatteter Klagebegründung mit gleichzeitiger Fristansetzung zur Klageantwort über das Gesuch der Klägerin (vgl. obige E. I./2.1 ff.). Diese prozessualen Schritte nach Einreichen des obgenannten, begründeten Gesuchs der Klägerin generierten – in Übereinstimmung mit den Ausführungen der Klägerin (act. 2 Rz. 33) – einen erheblichen Aufwand und entsprechende Kosten. Wieso die Vorinstanz mit ihrem das Gesuch der Klägerin abweisenden Entscheid so lange zugewartet hat, ist nicht zu erkennen, zumal ihr sämtliche Unterlagen seit Oktober 2021 vorgele-

gen hatten. Das Vorgehen der Vorinstanz ist zu bemängeln und verstösst gegen Treu und Glauben sowie das Fairnessgebot nach Art. 29 Abs. 1 BV.

4.3 Damit ist der Klägerin für das vorinstanzliche Verfahren die unentgeltliche Rechtspflege zu bewilligen und in der Person von Rechtsanwältin MLaw X. _____ eine unentgeltliche Rechtsbeiständin zu bestellen. Die Beschwerde ist insoweit gutzuheissen und Ziffer 2 des vorinstanzlichen Entscheids entsprechend aufzuheben. Aufgrund der plausibeln Ausführungen der Klägerin, wonach das Gesuch um Verpflichtung des Beklagten zur Leistung eines Prozesskostenvorschusses bzw. Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege immer wieder thematisiert und um Entscheid ersucht worden sei (act. 2 Rz. 27 ff.), konnte von ihr im vorinstanzlichen Verfahren nicht verlangt werden, explizit die Verletzung des Rechts auf Vorausbeurteilung des Gesuchs geltend zu machen, und die Kostenbefreiung bzw. die Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege für das vorinstanzliche Verfahren ist vorliegend zeitlich nicht zu begrenzen. Ein künftiger Entzug der unentgeltlichen Rechtspflege gemäss Art. 120 ZPO bleibt vorbehalten. Ebenso ist die Klägerin gemäss Art. 123 ZPO zur Nachzahlung verpflichtet, sobald sie dazu in der Lage ist.

IV.

1. Ficht eine Partei vor der kantonalen Rechtsmittelinstanz die Verweigerung der unentgeltlichen Rechtspflege erfolgreich an, so gilt der Kanton als unterliegende Partei nach Art. 106 Abs. 1 ZPO. Die Kosten für das Rechtsmittelverfahren fallen damit ausser Ansatz (vgl. § 200 lit. a GOG ZH) und der obsiegenden Partei ist aus der Staatskasse eine Parteientschädigung zuzusprechen (BGE 140 III 501 E. 4.3; BGer 4D_24/2014 vom 14. Oktober 2014 E. 4.2.; vgl. auch OGer ZH PC210050 vom 7. März 2022 E. III.). Es rechtfertigt sich im vorliegenden Verfahren, trotz teilweiser Abweisung der Beschwerde keine Kosten zu erheben und der Klägerin eine Parteientschädigung zuzusprechen.

2. Die der Klägerin zu entrichtende Entschädigung ist unter Berücksichtigung von § 13 i.V.m. § 6 Abs. 1 und § 5 Abs. 1 und § 9 AnwGebV auf Fr. 1'500.– zzgl. MwSt. festzusetzen. Die Entschädigung ist der Klägerin aus der Gerichtskasse zu

entrichten. Die im vorliegenden Verfahren neu gestellten Gesuche der Klägerin auf Verpflichtung des Beklagten zur Bezahlung eines Prozesskostenvorschusses – welcher gemäss Praxis der Kammer als Prozesskostenbeitrag zu behandeln ist –, eventualiter um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege und Rechtsverteidigung, werden damit gegenstandslos und sind entsprechend abzuschreiben.

Es wird beschlossen:

1. Das Gesuch der Klägerin um Verpflichtung des Beklagten zur Bezahlung eines Prozesskostenbeitrages für das Rechtsmittelverfahren wird abgeschrieben.
2. Das Gesuch der Klägerin um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege und Bestellung einer unentgeltlichen Rechtsbeiständin für das Rechtsmittelverfahren wird abgeschrieben.
3. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittel mit nachfolgendem Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird Ziffer 2 der Verfügung des Einzelgerichts des Bezirksgerichts Pfäffikon vom 20. Juni 2022 aufgehoben.

Der Klägerin wird für das vorinstanzliche Verfahren die unentgeltliche Rechtspflege gewährt und Rechtsanwältin MLaw X. _____ als unentgeltliche Rechtsbeiständin bestellt.

Die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO bleibt vorbehalten.

2. Im Übrigen wird die Beschwerde abgewiesen.
3. Die Entscheidgebühr für das zweitinstanzliche Verfahren fällt ausser Ansatz.
4. Der Klägerin wird für das Rechtsmittelverfahren aus der Gerichtskasse eine Parteientschädigung von Fr. 1'500.– zzgl. 7.7% MwSt. zugesprochen.

5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Beklagten unter Beilage der Doppel von act. 2 und und act. 4/1+3-10, sowie an das Bezirksgericht Pfäffikon, je gegen Empfangsschein.

Die erstinstanzlichen Akten gehen nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist an die Vorinstanz zurück.

6. Eine **Beschwerde** gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert **30 Tagen** von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Zwischenentscheid im Sinne von Art. 92 BGG sowie ein Entscheid über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 98 BGG.

Es handelt sich um eine nicht vermögensrechtliche Angelegenheit.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

MLaw T. Rumpel

versandt am: